

Liber  
Amicorum  
Anne Petitpierre-Sauvain

# Economie Environnement Ethique

De la responsabilité sociale  
et sociétale

Edité par  
Rita Trigo Trindade  
Henry Peter  
Christian Bovet

# Les cartels respectueux de l'environnement\*

OLIVIER SCHALLER/PATRICK L. KRAUSKOPF\*\*

Professeure de droit et membre de la Commission de la concurrence (Comco), Madame Anne Petitpierre-Sauvain apprécie aussi bien le droit de l'environnement que celui des cartels. Dès lors, il nous semble naturel de lui rendre hommage en réunissant les énergies de ces deux disciplines au sein d'une même question : le droit cartellaire suisse tient-il suffisamment compte de l'argument environnemental lors de l'analyse concurrentielle. Ce faisant, nous essayons d'apporter une réponse centrée sur le droit des cartels à la question posée par Mme Petitpierre dans son article publié les *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier* : *L'environnement a-t-il un avenir dans la concurrence*<sup>1</sup>?

## I. Introduction

Il est communément admis que la concurrence permet la meilleure allocation des ressources entre les différents agents économiques. Ne définit-on pas la concurrence comme un processus dynamique qui contraint toute entreprise à optimiser l'engagement de ses ressources ? Ne dit-on pas d'un environnement concurrentiel qu'il améliore le bien-être grâce aux innovations technologiques qu'il engendre<sup>2</sup>?

Malheureusement, les entreprises sont parfois tentées de se soustraire au stimulus de la concurrence en s'abritant sous l'aile d'un cartel. Ce faisant, elles réduisent le risque d'être confrontées à un concurrent meilleur marché. Parallèlement, les cartellistes perdent toute incitation à innover et, partant, empêchent une meilleure utilisation des ressources<sup>3</sup>.

---

\* Les auteurs s'expriment à titre personnel. Ils remercient Mme Valérie Stephan et Me Patrick Kaeser du Secrétariat de la Comco pour leurs précieux conseils.

\*\* Olivier Schaller, Dr en droit, LL.M., vice-directeur du Secrétariat de la Comco / Patrick L. Krauskopf, Dr en droit, LL.M. (Harvard), Avocat (Zurich/New-York), Nater Dallafior Attorneys-at-Law ; auparavant vice-directeur du Secrétariat de la Comco.

<sup>1</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN A., *L'environnement a-t-il un avenir dans la concurrence ?*, in : « Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier », P. GAUCH, F. WERRO, P. PICHONNAZ (éd.), Genève, Zurich, Bâle 2008, p. 623 ss.

<sup>2</sup> (<http://www.philippefloch.com/environnement-concurrentiel-sur-internet.php> ; [http://www.bce.ca/annual\\_report/index.php?page\\_id=40&lang=fr](http://www.bce.ca/annual_report/index.php?page_id=40&lang=fr))

<sup>3</sup> KRAUSKOPF P. L., PIRLOT C., *La nouvelle Loi sur les Cartels : Un Vade-mecum pour les Entreprises*, sic ! 3/2004, p. 242 ss.

Dans un monde soucieux de l'environnement, les entreprises sont poussées à trouver des solutions plus respectueuses de notre cadre de vie<sup>4</sup>. Comment concilier l'augmentation des coûts souvent élevés engendrés par la protection de l'environnement et une concurrence parfois féroce? Est-ce seulement à l'Etat d'imposer des règles environnementales par le biais de taxes ou de subventions? Dans quelle mesure les entreprises peuvent-elles former un cartel pour ne fabriquer que des appareils peu gourmands en énergie? Peuvent-elles se répartir géographiquement le marché afin de limiter le nombre de transports inutiles? En d'autres termes, peuvent-elles faire valoir l'argument environnemental comme motif d'efficacité économique lorsqu'elles se trouvent dans le collimateur des autorités suisses de la concurrence<sup>5</sup>?

## II. Les principes du droit cartellaire

Les dispositions topiques de la LCart restent muettes à propos des « cartels respectueux de l'environnement ». Le cadre légal semble clair :

- a) La loi sur les cartels a pour but d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels (art. 1 LCart)<sup>6</sup>. A la lecture de cette disposition, il semblerait que l'environnement ne joue aucun rôle dans l'analyse de la nocivité des cartels. Du moment que les cartels ont des conséquences économiques ou sociales négatives, ils ne sont pas tolérés, peu importe qu'ils aient des effets positifs sur l'environnement.
- b) Les cartels sont des accords en matière de concurrence, définis comme des « conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence » (art. 4 al. 1 LCart). La notion de « cartels respectueux de l'environnement » n'est définie nulle part. Dès lors, cette forme de cartels sera traitée comme toute entente entre entreprises concurrentes qui limite des paramètres de concurrence, même si leur but paraît être « noble » de nos jours.
- c) Les cartels durs (art. 5 al. 3 et 4 LCart) portant sur des paramètres concurrentiels tels que le prix, les quantités ou encore la répartition des marchés sont, en principe, interdits en Suisse comme dans l'Union européenne. Dans ces cas-là, aucun motif d'efficacité économique ne peut être évoqué. Même la mesure cartellaire la plus respectueuse de l'environnement n'évi-

---

<sup>4</sup> ([http://www.admin.ch/cp/f/3db55a21\\_1@fwsrv.g.bfi.admin.ch.html](http://www.admin.ch/cp/f/3db55a21_1@fwsrv.g.bfi.admin.ch.html))

<sup>5</sup> KRAUSKOPF P. L., ROCHAT D., *Wirksame kartellrechtliche Compliance*, Revue de l'avocat 2/2009, p. 70 ss.

<sup>6</sup> TERCIER P., Commentaire Romand Concurrence, P. TERCIER, C. BOVET (éd.), Genève, Bâle, Munich 2002, art. 1 LCart.

tera pas que le cartel soit sanctionné par des amendes élevées<sup>7</sup>. Le droit suisse actuel laisse tout de même une petite porte de secours : Il permet de renverser la présomption d'illicéité à certaines conditions. Ainsi, les entreprises retrouvent leur droit à faire valoir des motifs d'efficacité économique.

- d) Les autres accords qui affectent de manière notable la concurrence et qui ne sont pas justifiés par des motifs d'efficacité économique sont illicites (art. 5 al. 1 LCart). Un accord est réputé justifié par des motifs d'efficacité économique lorsqu'il est nécessaire notamment pour exploiter plus rationnellement les ressources et lorsqu'il ne permet pas aux entreprises de supprimer la concurrence efficace (art. 5 al. 2 LCart). C'est à ce stade de l'analyse cartellaire que le droit suisse permet une prise en compte de motifs d'efficacité économique découlant de l'environnement.
- e) Même si la Comco interdit et sanctionne un cartel respectueux de l'environnement, les entreprises ont toujours la possibilité de demander au Conseil fédéral d'autoriser exceptionnellement cette entente pour des motifs d'intérêt public prépondérant (art. 8 LCart)<sup>8</sup>. Il paraît toutefois peu probable, d'un point de vue économique, que des entreprises se lancent dans une odyssée procédurale longue et coûteuse. Elles chercheront avant tout à demander au législateur d'intervenir préalablement pour réglementer l'ensemble de la production ou de la distribution de biens d'une branche économique dans une optique respectueuse de l'environnement. Ces normes techniques imposées par l'Etat ou par un organisme habilité limitent l'application de la LCart, même si la Comco interprète généralement ces prescriptions de façon très restrictive<sup>9</sup>.

Les cartels respectueux de l'environnement doivent surmonter bien des obstacles avant de passer victorieusement l'analyse concurrentielle. La présente contribution se concentre sur ceux dont la licéité dépend de l'analyse des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 2 LCart).

---

<sup>7</sup> Selon l'art. 49a al. 1 LCart, l'entreprise qui participe à un accord illicite aux termes de l'art. 5 al. 3 et 4 LCart est tenue au paiement d'un montant pouvant aller jusqu'à 10% du chiffre d'affaires réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices.

<sup>8</sup> L'art. 8 LCart prévoit que les accords en matière de concurrence dont l'autorité compétente a constaté le caractère illicite peuvent être autorisés par le Conseil fédéral à la demande des entreprises concernées si, à titre exceptionnel, ils sont nécessaires à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants.

<sup>9</sup> Cf. art. 3 al. 1 LCart. Pour un exemple, voir Droit et politique de la concurrence (ci-après DPC) 2006/4, p. 625 ss, p. 632 ss.

### III. L'environnement comme motif d'efficacité économique

#### A. Généralités

Une entente affectant notablement la concurrence peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique au sens de l'art. 5 al. 2 LCart si elle remplit cumulativement trois conditions : la première est une obligation de résultat, la seconde a trait à la nécessité de l'accord, la troisième est liée à la non suppression potentielle de la concurrence efficace<sup>10</sup>:

1. Une approche dynamique de la concurrence oblige les autorités de la concurrence à tenir compte des différents aspects d'un accord. En effet, un même accord peut à la fois limiter certains paramètres de la concurrence et en stimuler d'autres<sup>11</sup>. L'appréciation concurrentielle d'un accord peut donc parvenir à un surcroît d'efficacité économique<sup>12</sup>. C'est pourquoi, le législateur considère licite une entente affectant notablement la concurrence lorsqu'elle peut être justifiée par des motifs d'efficacité économique (art. 5 al. 1 LCart).

- a) Les atteintes notables à la concurrence sont en quelque sorte compensées par des gains d'efficacité économique. Ce genre de compensation ou de solde concurrentiel positif<sup>13</sup> fait penser à la *méthode du bilan* connue sous la loi des cartels de 1985 (LCart 85)<sup>14</sup>. Elle en diffère cependant dans la mesure où seuls des motifs d'efficacité économique sont propres à compenser les effets nuisibles de l'entente.
- b) Pour aider les autorités de la concurrence à cerner la notion d'efficacité économique, le législateur a fourni une liste exhaustive de justifications permettant d'atteindre des gains d'efficacité économique (art. 5 al. 2 let. a LCart).

2. Pour être justifiés, les accords en cause doivent être nécessaires pour atteindre les gains d'efficacité économique prévus dans la loi. Si l'atteinte notable à la concurrence est simplement utile pour atteindre les résultats énumérés,

---

<sup>10</sup> SCHALLER O., *Les ententes à l'importation en droit de la concurrence, étude de droit cartellaire suisse et de droit comparé*, thèse, Fribourg 2002, p. 311 ss.

<sup>11</sup> Cf. KRAUSKOPF P. L., GRABER A., *Die neue Vertikalbekanntmachung – Ein Leitfaden für Praktiker*, sic! 11/2008, p. 781 ss.

<sup>12</sup> Ce surcroît d'efficacité doit être mis en relation avec les effets de l'accord sur la concurrence. Plus l'accord affectera notablement la concurrence, plus les gains d'efficacité économique devront être importants pour les « compenser ».

<sup>13</sup> PIAGET O., *La justification des ententes cartellaires dans l'Union européenne et en Suisse*, thèse, Bâle, Genève, Munich 2001, p. 210.

<sup>14</sup> SCHALLER (2002), p. 215 ss.

l'accord ne pourra alors pas être justifié. La *condition de nécessité* implique que soient cumulativement réunis les trois critères suivants<sup>15</sup>:

- a) Le critère d'aptitude veut que seule une restriction propre à atteindre le but d'efficacité économique recherché puisse servir de justification. La restriction qui n'est pas capable de produire réellement l'effet recherché ne saurait justifier une atteinte notable à la concurrence.
- b) Le critère de nécessité implique que les gains d'efficacité n'auraient pas pu être atteints sans les restrictions provoquées par l'accord. Pour être justifiée, la restriction de la concurrence doit être indispensable pour atteindre le but poursuivi.
- c) Le critère de proportionnalité au sens strict fait référence au principe de proportionnalité connu en droit administratif et en droit civil. Il signifie qu'entre deux restrictions de la concurrence aptes et nécessaires à atteindre l'objectif d'efficacité économique, les entreprises choisissent la moins dommageable pour la concurrence<sup>16</sup>. Il implique donc que la concurrence ne soit pas limitée à l'excès par rapport au but visé<sup>17</sup>.

3. Un accord ne doit permettre en aucune façon aux entreprises concernées de supprimer une concurrence efficace (art. 5 al. 2 let. b LCart)<sup>18</sup>. Les autorités devront procéder à une analyse *pro futuro* des effets possibles de l'accord sur la concurrence efficace. Si l'accord peut conduire les entreprises à supprimer la concurrence efficace, il ne peut être justifié. Cette condition signifie que les ententes passées entre les entreprises concernées ne doivent pas risquer de supprimer à court, voire à moyen terme la concurrence efficace. Jusqu'où doit porter cette analyse prospective ? Etant donné qu'une telle analyse à long terme est très difficile, les autorités peuvent et doivent se borner à demander si l'accord, tel qu'il leur est présenté, n'est pas propre à supprimer la concurrence efficace dans un proche avenir.

## B. L'exploitation plus rationnelle des ressources

Les cartels respectueux de l'environnement essaient généralement de justifier leur entente en affirmant qu'elle leur permet d'atteindre des gains d'efficacité, en particulier celui de l'exploitation plus rationnelle des ressources.

<sup>15</sup> Message LCart, p. 85, N 231.3.

<sup>16</sup> Cf. aussi art. 12 al. 3 LCart.

<sup>17</sup> MEIER-SCHATZ C., *Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen*, Pratique juridique actuelle 7/1996, p. 819.

<sup>18</sup> Cette exigence est plus élevée que celle prévue par le droit communautaire de la concurrence (« donner à des entreprises la possibilité, pour une *partie substantielle* des produits en cause, d'éliminer la concurrence », cf. art. 81 par. 3 CE).

Les motifs d'efficacité économique, même s'ils sont énumérés de façon exhaustive à l'art. 5, al. 2, let. a LCart, sont formulés de façon suffisamment large pour « justifier un large éventail d'accords de coopération »<sup>19</sup>. Il serait donc possible de déduire le respect de l'environnement du motif d'une exploitation plus rationnelle des ressources. La Comco pourrait ainsi apprécier ce critère déjà en première instance, rendant en quelque sorte caduque la procédure « marathon » jusqu'à l'autorisation exceptionnelle du Conseil fédéral (art. 8 LCart)<sup>20</sup>.

- a) La doctrine est divisée à ce sujet. Pour certains auteurs, un tel accord ne doit pas bénéficier de la justification prévue à l'art. 5 al. 2 let. a LCart. Seul le Conseil fédéral peut tenir compte des intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart)<sup>21</sup>. D'autres sont d'un avis plus nuancé. Ils considèrent que la Comco peut déjà en tenir compte au stade de son analyse concurrentielle, allant jusqu'à reconnaître le progrès « environnemental » d'un produit comme un motif d'efficacité économique<sup>22</sup>. Ainsi, les produits respectueux de l'environnement doivent être considérés comme une amélioration « des produits ou des procédés de fabrication » au sens de l'art. 5 al. 2 LCart<sup>23</sup>.
- b) Il nous semble important de choisir une solution souple qui s'inscrive dans la systématique de la LCart, séparant l'analyse purement concurrentielle d'un accord (art. 5 LCart) de l'appréciation politique (art. 8 LCart). Cette solution doit permettre d'éviter que l'argument environnemental ne justifie trop facilement toutes sortes d'ententes soi-disant écologiques, sans pour autant limiter à l'excès les possibilités de tenir compte des avantages environnementaux d'un accord lors de l'analyse concurrentielle<sup>24</sup>. L'approche se veut pragmatique. Elle dépend du cas d'espèce. Elle peut se résumer dans une liste de questions auxquelles les membres du cartel devront apporter une réponse :
  - En quoi le respect de l'environnement est-il lié au produit qui compose le marché déterminant ?
  - Le respect de l'environnement entre-t-il dans le processus de fabrication ou de distribution du produit qui fait l'objet du marché déterminant ?

---

<sup>19</sup> Message LCart, p. 84 s., N 231.3.

<sup>20</sup> Id., p. 85, N 231.3.

<sup>21</sup> MEIER-SCHATZ (1996), p. 818 ; HOFFET F., *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, HOMBURGER E. ET AL. (éd.), Zurich 1997, Art. 5 KG, N 104.

<sup>22</sup> STOFFEL W., *Wettbewerbsabreden*, in : « Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd V/2 Kartellrecht », R. VON BÜREN, L. DAVID (éd.), Bâle, Genève, Munich 2000, p. 113 ; BORER J., *Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz*, Zurich 1998, Art. 5 KG, N 35 ; PIAGET (2001), p. 168 s.

<sup>23</sup> ZÄCH R., *Schweizerisches Kartellrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2005, p. 195.

<sup>24</sup> SCHALLER (2002), p. 416 ss.

- En quoi les normes de production choisies sont-elles plus respectueuses de l'environnement que les normes étatiques ou celles utilisées à l'étranger ?
- Comment ont-elles été développées (évolution technologique, souhait des consommateurs) ?

Les producteurs devront alors démontrer en quoi leur accord est apte, nécessaire et proportionnel à atteindre l'objectif d'efficacité économique invoqué, à savoir produire (ou distribuer) de façon plus respectueuse de l'environnement<sup>25</sup>.

- a) L'analyse se focalise sur la nature de l'accord. Le critère quantitatif (parts de marché) ne joue aucun rôle à ce niveau puisqu'il a déjà été pris en compte pour fonder la notabilité de l'accord<sup>26</sup>.
- b) Afin de démontrer la nécessité d'un tel accord, les acteurs peuvent s'inspirer de la check-list suivante, même si en cas de doute sur le caractère nécessaire d'un accord, l'autorité de première instance (Comco) risque bien de faire prévaloir l'objectif de la concurrence et déclarer illicite l'accord en question<sup>27</sup>:
  - Quels procédés de fabrication sont utilisés par les fabricants qui ne font pas partie du cartel ?
  - Pourquoi l'entente est-elle indispensable à une production écologique ? En d'autres termes, quel est le lien de causalité entre l'augmentation du prix des biens et la production écologique ?
  - Depuis quand les membres du cartel produisent-ils plus écologiquement ? Si l'accord est postérieur à la production écologique évoquée, il sera difficile de justifier la soudaine nécessité de l'accord.
  - Le procédé de fabrication «écologique» est-il un argument de vente du produit ? Si oui, cela signifie qu'il existe un marché spécifique pour ce genre de produit. Par conséquent, l'accord n'est pas indispensable. Cela pourrait même signifier que les membres du cartel ont une longueur d'avance sur leurs concurrents qui devront s'adapter rapidement au marché, c'est-à-dire produire aussi écologiquement qu'eux, s'ils veulent rester concurrentiels.

---

<sup>25</sup> Pour les possibilités de faire valoir ses intérêts devant les autorités de la concurrence cf. KRAUSKOPF P. L., SCHALLER O., BANGERTER S., *Verhandlungs- und Verfahrensführung vor den Wettbewerbsbehörden*, in : « Schweizerisches und europäisches Wettbewerbsrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis », T. GEISER, P. KRAUSKOPF, P. MÜNCH (éd.), Bâle, Genève, Munich 2005, p. 471 ss.

<sup>26</sup> KRAUSKOPF P. L., *Die Praxis zu Art. 5/7 KG*, in : « Schweizerisches Kartellrecht », R. ZÄCH (éd.), Zurich 2002, p. 15 ss.

<sup>27</sup> STOFFEL (2000), p. 110.

Enfin, une analyse *in concreto* permettra d'évaluer si le cartel respectueux de l'environnement ne permet pas de supprimer la concurrence efficace. Il sied de distinguer deux cas :

- a) Si le cartel respectueux de l'environnement est un cartel dur selon l'art. 5 al. 3 et 4 LCart dont la présomption d'illicéité a pu être renversée (grâce à une concurrence externe), il ne pourra vraisemblablement pas supprimer la concurrence et sera, partant, licite.
- b) Si le cartel respectueux de l'environnement n'est pas au départ un cartel dur, le pronostic de l'autorité tiendra compte du comportement antérieur des entreprises concernées. Il se fondera également sur la nature du paramètre concurrentiel concerné par l'entente, la structure du marché, l'état de la concurrence potentielle, le degré de cloisonnement du marché et du commerce parallèle<sup>28</sup>.

## C. La jurisprudence

La jurisprudence des autorités suisse et communautaire ne permet pas d'analyser de manière approfondie les différents critères évoqués ci-dessus. Néanmoins, on y constate une certaine réticence à intégrer pleinement le motif « environnemental » comme moyen de justification dans le processus d'analyse.

En Suisse, une poignée de décisions de l'ancienne Commission des cartels et de la Comco permet de tirer certains enseignements sur la situation actuelle :

- a) L'ancienne Commission des cartels a eu l'occasion de se prononcer, dans le contexte de la LCart 85, sur la prise en compte de ce motif justificatif dans l'enquête sur l'état de la concurrence dans la *branche sanitaire*<sup>29</sup> et dans celle sur le *marché du ciment*<sup>30</sup>. Dans la première affaire, les entreprises avaient fait valoir que leurs accords permettaient de limiter le danger de pollution de l'eau de consommation que peut causer un montage défectueux. Dans la seconde affaire, l'accord de transport institué par les fabricants de ciment et les transporteurs (CFF) avait des effets bénéfiques sur l'environnement dans la mesure où les fabricants utilisaient le rail pour transporter leurs produits.
- b) La Comco a examiné en 2005 le critère de l'utilisation rationnelle des ressources en tant que motif d'efficacité économique dans la partie de l'enquête *Swico/Sens* relative à l'accord sur l'organisation du marché de l'élimi-

---

<sup>28</sup> JUNOD MOSER D., *Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation*, étude de droit suisse et de droit européen, thèse, Bâle 2001, p. 276 ss.

<sup>29</sup> Publ. CC 3/1968, p. 159 ss (résumé en français, p. 225) et Publ. CC 2/1973, p. 121 ss (résumé en français, p. 146 ss).

<sup>30</sup> Publ. CC 5/1993, p. 27 ss (résumé en français, p. 13).

nation de certains types d'appareils.<sup>31</sup> Elle fait sienne l'argumentation du Tribunal fédéral développée dans l'arrêt *Buchpreisbindung*<sup>32</sup> pour qui il faut aussi comprendre les biens publics et les ressources naturelles sous la notion de ressources de l'art. 5 al. 2 LCart, de telle manière à ce que des paramètres écologiques puissent être reconnus dans l'analyse des critères d'efficacité économique. Encore faut-il que les effets bénéfiques pour l'environnement d'un accord en matière de concurrence au sens de l'art. 4 al. 1 LCart soient dans un rapport étroit avec le processus de production de l'entreprise concernée par l'accord ou soient liés à la fabrication du produit lui-même.<sup>33</sup> Finalement, la Comco se fonde dans sa décision sur un autre motif justificatif (diminution des coûts de production) pour justifier l'accord Swico-Sens.<sup>34</sup> Les décisions de la Comco et du TF sur la *Buchpreisbindung*<sup>35</sup> n'apportent guère de clarification par rapport à la notion de l'utilisation rationnelle des ressources et, partant, la délimitant de la méthode du bilan (Saldomethode) connue sous l'égide de la LCart de 1985.<sup>36</sup> Les avis de la Comco ne permettent pas encore de cerner clairement l'attitude de la Comco : Dans son avis sur le « Centime climatique »<sup>37</sup>, la Comco laisse entrevoir que l'aspect environnemental pourrait jouer un rôle plus grand dans l'analyse concurrentielle. Le cas échéant, les entreprises devraient démontrer en quoi l'accord en question permettrait d'internaliser les effets externes négatifs pour l'environnement. Par contre, la récente recommandation de la Comco relative aux transversales alpines<sup>38</sup> semble démontrer que les autorités souhaiteraient plutôt laisser le Conseil fédéral trancher ce genre d'affaires (art. 8 LCart). Ce faisant, elles évitent d'entrer dans le jeu des entreprises qui font valoir l'atout « environnemental » dans le but d'empêcher une concurrence étrangère souvent meilleur marché<sup>39</sup>.

L'analyse communautaire reste *grosso modo* la même que celle que nous connaissons en Suisse, même si elle s'inscrit dans un contexte organisationnel

<sup>31</sup> DPC 2005/2, p. 251 ss, p. 261 ss.

<sup>32</sup> ATF 129 II 18, consid. 10.3.3.

<sup>33</sup> DPC 2005/2, p. 266; cf. aussi ZURKINDEN P., *Gründung von Gemeinschaftsunternehmen in der Schweiz und das neue schweizerische Kartellgesetz*, thèse, Bâle, Genève, Munich 1999, p. 165.

<sup>34</sup> DPC 2005/2, p. 266.

<sup>35</sup> DPC 2005/2, p. 307 s. et ATF 132 II 430, consid. 13.5. Cet arrêt est également publié dans DPC 2007/1, p. 129 ss.

<sup>36</sup> CHABLOZ I., *L'autorisation exceptionnelle en droit de la concurrence: étude de droit suisse et comparé*, thèse, Fribourg 2002, p. 188 s., N 627 s.

<sup>37</sup> DPC 2005/1, p. 239 ss, p. 242.

<sup>38</sup> DPC 2007/3, p. 489 ss, p. 490, N 9 s., et p. 492, N 26 ss.

<sup>39</sup> STOFFEL W., *Les restrictions de la concurrence interdites selon la nouvelle loi*, in : « Le nouveau droit des cartels et des restrictions à la concurrence, Journée d'études du 30 mai 1996 », Fribourg 1996, p. 15.

et légal quelque peu différent<sup>40</sup>. Réunissant au sein d'une même autorité le double niveau d'analyse que nous connaissons en Suisse (approche concurrentielle de la Comco et examen politique du Conseil fédéral), la Commission européenne peut sembler plus encline à prendre en compte les arguments environnementaux. Ainsi a-t-elle toléré un accord de cessation de fabrication conclu entre la quasi-totalité des producteurs et importateurs européens de machines à laver domestiques visant à améliorer la performance environnementale de leurs produits. Bien que limitant la concurrence au sens de l'art. 81 par. 1 CE<sup>41</sup>, cet accord a été exempté conformément à l'art. 81 par. 3 CE dans la mesure où il réduisait les émissions polluantes liées à la production d'électricité<sup>42</sup>.

## IV. Conclusions

La protection de l'environnement est aujourd'hui un des défis majeurs de notre société. Gouvernements, organisations internationales, entreprises et citoyens sont appelés à modifier leurs habitudes et comportements néfastes pour notre planète. Les autorités de la concurrence peuvent être davantage sensibles à l'environnement, tout en respectant le cadre légal dans lequel elles doivent intervenir.

- a) *De lege lata*, le droit cartellaire suisse participe, de façon hiérarchique, au développement durable de notre économie. Un cartel respectueux de l'environnement n'est pas automatiquement soustrait à l'application de la LCart. L'argument environnemental peut néanmoins servir à justifier un tel cartel dans la mesure où l'exploitation plus rationnelle des ressources est directement liée au produit qui compose le marché, c'est-à-dire s'il entre dans le processus de fabrication ou de distribution de celui-ci. Encore faudra-t-il que la restriction de la concurrence soit nécessaire pour atteindre ce but sans permettre aux entreprises concernées de supprimer la concurrence efficace (art. 5 al. 2 LCart). Si tel n'est pas le cas, seul le Conseil fédéral pourra exceptionnellement autoriser ce cartel s'il considère qu'il est nécessaire à la sauvegarde d'intérêts publics prépondérants (art. 8 LCart).
- b) *De lege ferenda*, on peut se demander s'il ne serait pas judicieux d'amender la liste exhaustive des motifs d'efficacité prévus à l'art. 5 al. 2 LCart en y insérant de façon explicite la protection de l'environnement. N'y a-t-il pas

---

<sup>40</sup> Pour les différences entre le droit suisse et le droit européen, cf. KRAUSKOPF P. L., CARRON-ROTH S., *Rechtsentwicklungen im europäischen Recht und die Schweiz: Wettbewerbsrecht 2007*, in: « Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2007/2008 », A. EPINEY, T. CIVITELLA (éd.), Zurich 2008, p. 121.

<sup>41</sup> Voir le Traité instituant la Communauté européenne (<http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/index.htm>).

<sup>42</sup> Décision de la Commission européenne, *CECED*, JOCE 2000 L 187/47.

meilleur motif justificatif que celui de la santé de notre planète ? Quant aux aspects institutionnels, les futures générations ne comprendraient pas que le traitement de l'environnement soit mieux et plus rapidement servi par une seule autorité communautaire que par un système bicéphale helvétique divisant l'analyse purement concurrentielle de l'examen de politique environnementale.